En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S., G. A. C/ BCO S. R. S.A. S/ COBRO DE PESOS E INDEM. DE LEY"** (Expte. N° 71 - Año 2019) venidos del Juzgado Laboral N°2 (Expte. N° 10212/16), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 399.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 363/368 vta. la que fue apelada a fs. 370 por la parte demandada, concediéndosele el recurso a fs. 371. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 374/381 vta., siendo contestado su traslado por la contraria a fs. 383/391.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la instancia originaria rechazó la excepción de prescripción opuesta por la demandada; hizo lugar a la demanda condenando al Bco S. R. S.A. a abonar a G. A. S., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 968.360,73.-, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para préstamos personales, desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

En lo que hace a la “excepción de prescripción”, tuvo en cuenta la sentencia la suspensión de seis meses dispuesta por el art. 2541 del CCyCN la cual debe correr a partir de la intimación telegráfica que cursara el actor el 16 de Marzo de 2016 por las diferencias salariales pretendidas. En base a ello, habiéndose promovido la demanda el 20/12/2016, entendió la a quo que la prescripción de la acción no se había operado y rechazó la excepción.

Con respecto al reclamo por “horas extras”, valoró la sentenciante que la demandada no exhibió el Libro de Registro de Horas Suplementarias previsto en el art. 6 inc. c) de la Ley 11.544, conforme surge de la pericia contable practicada en autos. En base a ello, consideró que la falta de exhibición o presentación de tal registro crea una presunción en favor de las afirmaciones del trabajador (art. 55 LCT). Y en este mismo punto merituó también la prueba testimonial producida en el proceso, con lo cual tuvo por acreditado que el actor trabajó una hora extra diaria y 20 horas mensuales, por lo que condenó a la demandada al pago de $ 75.190,64.- conforme la pericia contable.

En lo que hace al reclamo por el “Adicional por Zona Desfavorable” por parte del actor, tuvo en cuenta que la demandada manifestó que el mismo lo liquidó conforme el Acta Acuerdo del 20/12/2005 celebrada entre la Asociación Bancaria, ABA y ADEBA y que establece como suma fija para el cálculo de las respectivas zonas desfavorables la suma de $ 356.-, siendo el 40% la suma de $ 142,40.-

Ha entendido la sentencia que el Acta Acuerdo en cuestión resulta inoponible al reclamo del actor, encontrándose en plena vigencia el Convenio Colectivo de Trabajo N° 18/75 dado que no es posible que acuerdos –aún homologados por la autoridad de aplicación— modifiquen un artículo de una Convención Colectiva celebrada conforme a la ley, en desmedro de los derechos del trabajador. En base a ello, tuvo en cuenta que

el “adicional” fue abonado por el banco en un monto muy inferior a lo que determina el CCT aplicable e hizo lugar a la demanda por los períodos comprendidos entre Junio de 2014 a Abril de 2016 por la suma de $ 153.034,85.-

En lo que hace a la desvinculación laboral (despido indirecto), evaluó la sentenciante el reclamo postal enviado por el actor, la respuesta de la demandada negando adeudarle suma alguna por los conceptos reclamados y que ante esta postura, el actor se dio por despedido. Concluyó diciendo que la conducta patronal ha sido lo suficientemente injuriante a los intereses del trabajador en razón de los incumplimientos contractuales, como son la falta de pago de horas extras y el adicional por zona desfavorable y consideró ajustada a derecho la decisión del actor de dar por finalizado el vínculo. En razón de ello, determinó los montos a percibir por el actor por el despido indirecto.

3 – <u>Agravios de la parte demandada</u>

3.1) Agravia a la demandada la condena al pago de las “horas extras” reclamadas por el actor.

En lo que hace a la falta de exhibición del registro o libro de horas suplementarias conforme surge de la pericia contable y que es considerado por la sentencia, esgrime que su parte no tiene motivos para llevar un registro de horas suplementarias y ello se debe a que en el banco no se trabajan horas extras. Insiste en que el actor trabajó siempre de 07,45 hs a 15,15 hs y que no realizó horas extras.

Con respecto a la prueba testimonial producida en autos, también valorada por la a quo, afirma que la misma no demuestra en forma contundente la realización de horas extras por parte del actor dado que no han sido precisos los testigos en sus declaraciones. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición.

3.2) El segundo agravio está dirigido a la cuestión del "Adicional por Zona Desfavorable" reclamado en autos y admitido por la sentencia.

Plantea que el Acuerdo celebrado entre la Asociación Bancaria, ABA y ADEBA fue aceptado por la Asociación Bancaria que es quien tiene personería gremial y participa en la regulación de los derechos de los trabajadores, o sea, representa a los trabajadores. Insiste en que, en este caso, el actor estuvo representado por dicha Asociación.

Cita jurisprudencia sobre el tema, hace referencia a los antecedentes de este adicional con cita doctrinaria, menciona CCT anteriores y el contenido de fs. 376 a fs. 378 vta. es prácticamente una copia textual de lo expuesto sobre este punto en la oportunidad de contestar la demanda (he de referirme a ello al tratar más adelante estos agravios).

Menciona lo que estableció el Acuerdo en cuestión y remarca que el cálculo del monto debe hacerse sobre un importe único de $ 356.- correspondiendo, en el caso de Puerto Madryn, el 40%.

3.3) El tercer agravio está referido a la decisión de la a quo de considerar ajustada a derecho la decisión del reclamante de darse por despedido (despido indirecto).

Reitera que el actor no trabajó horas extras. Insiste en que ninguna de las dos circunstancias invocadas por el actor (horas extras impagas y diferencias salariales por incorrecta liquidación del "adicional por zona desfavorable") avalaban su posición de retener tareas y menos aún la de extinguir el contrato de trabajo por su propia decisión. Es por ello que considera que el despido indirecto no se ajustó a derecho. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

3.4) En el cuarto agravio se apunta a la imposición por la a quo de la sanción prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323.

Esgrime que la multa en cuestión está mal calculada porque se ha incluido el SAC s/ Preaviso y ello no está contemplado en la normativa aplicable.

Sostiene que el cálculo correcto sería para este rubro $ 242.640,43.- y no la suma fijada en la sentencia ($ 246.711,78.-). Luego, de fs. 380 a 381 en que termina el punto del agravio, realiza una copia textual de lo expuesto sobre este tema al contestar la demanda (he de referirme a esta situación al tratar posteriormente el agravio).

3.5) En el quinto agravio se queja por "la imposición de las costas del proceso". Expresa que es imposible condenar en costas a su parte cuando resulta claramente arbitraria la sentencia.

3.6) En el último agravio apela la "regulación de honorarios". Manifiesta que son elevados los honorarios de los letrados de la parte actora y tercera citada y que son bajos los regulados a su parte en virtud de la tarea desarrollada.

4 – <u>Cuestión previa</u>

Si bien es cierto que la demandada en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que –respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema— cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos.

Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta cuestión previa, conforme lo vengo haciendo de manera reiterada ante fundamentaciones similares.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio,

debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* --N° 62.948— y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* --N° 62.948 bis—).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza— influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la demandada, pasaré a tratar sus quejas.

5 – Tratamiento de los agravios

5.1 – Admisión del reclamo por "horas extras"

Esgrime la demandada que no existe motivo alguno para que el banco lleve un registro de horas suplementarias o extras porque las mismas no se cumplen e insiste en que el actor no realizaba horas extras. Este es un simple "argumento" de la quejosa y de allí su irrelevancia a los fines de su análisis como fundamentación del recurso intentado.

Luego plantea que de la prueba testimonial no surge con precisión que el actor trabajara horas extras y que con dicha prueba no se puede tener por acreditada la realización de dichas horas. Sin perjuicio de estar ante una postura personal de la parte sobre esta cuestión y no ante un agravio con sustento, en el planteo se apunta a la valoración de la prueba realizada por la a quo y en especial la testimonial. Anticipo que por este camino tampoco llega a buen puerto la recurrente.

Debo decir, en primer término, que la valoración de las pruebas es una cuestión que está reservada a los jueces del proceso.

Ahora bien, de la valoración que ha hecho la Magistrada a quo sobre las pruebas de autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Ha dicho este Cuerpo reiteradamente que los jueces de mérito pueden

preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

En la queja se menciona a que no sería eficaz la prueba testimonial. En lo que hace específicamente a este medio probatorio y conforme lo vengo plasmando reiteradamente ante planteos similares, debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio

reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende

la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios –entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza— descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica del recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración de los testigos M. E. B. (fs. 211/212), A. B. S. (fs. 213/214), L. S. S. (fs. 215/216) y B. C. S. H. (fs. 217/218 vta.), la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que tuvieron conocimiento directo. Y tengo en cuenta, reitero, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estos testigos por la vía pertinente.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio que en definitiva –conforme lo vengo diciendo aquí-- es el juzgador quien se encuentra facultado para

tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar los testimonios que han arrimado probanzas relativas a la materia en discusión, como así también tengo presente que tampoco aparecen sólidamente desvirtuadas la valoración de estos testimonios que ha hecho la sentenciante. En razón de lo expuesto, el agravio vertido en este punto no es atendible.

5.2 – <u>Admisión del reclamo por diferencias en el cálculo del "Adicional por Zona Desfavorable</u>"

Las razones y fundamentos expuestos en la sentencia por los cuales la a quo consideró inoponible al CCT N° 18/75 el Acta Acuerdo del 20/12/2005, en ningún momento aparecen rebatidos en los fundamentos del recurso que estoy analizando en este punto. La demandada simplemente se limita a sostener que en el convenio intervino la Asociación Bancaria y que ella representó al actor al suscribirse el Acta Acuerdo en cuestión.

Ahora bien, el resto del contenido de la fundamentación recursiva carece totalmente de valor como tal y explico las razones: lo volcado desde el párrafo que comienza diciendo ***"Para ubicarnos…"*** (fs. 376), hasta el párrafo que comienza diciendo ***"El artículo tercero..."*** inclusive (fs. 378), es una copia de lo expuesto a fs. 80, 80 vta., 81, 81 vta. y 82 al contestar la demanda y lo expuesto en el párrafo que comienza diciendo ***"Dichas actas acuerdo…"*** hasta el párrafo que comienza diciendo ***"Aunque en el momento***

actual…" inclusive, es una copia de lo expuesto a fs. 82 y 82 vta. de la contestación de demanda.

Sabemos que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa, puesto que el recurso debe bastarse a sí mismo. En efecto, la expresión de agravios debe autoabastecerse y no cabe remitirse a los argumentos sostenidos en primera instancia, pues ello no cumplimenta la carga de realizar la crítica razonada de la sentencia impugnada (conf. Cám. 1ª., Sala III, La Plata, ED, 51-412). Tampoco satisface la apuntada carga procesal la impugnación del fallo reproduciendo actuaciones anteriores, ni las simples manifestaciones en que se repite lo expuesto en la contestación de la demanda (conf. SCBA, La Ley 70-460; DJBA, 39-390; Cám. 1ª., Sala I, La Plata, DJBA, 57-225; La Ley 144-569, 27.353-S; Cám.1ª,C.C.Mercedes, La Ley 138-221; DJBA, 91-69; La Ley 138-827; JA 1970, 8-587; Cám.1ª.CC.B.B., DJBA, 54-145; JA, 1966, II, pág. 424; Cám.2ª., Sala II, La Plata, La Ley 102-373; entre muchos otros).

Y desde luego, las apuntadas deficiencias de la expresión de agravios no pueden suplirse *ex officio*, ya que la Alzada no está obligada a suplir las razones por las que se impugna el fallo, si el recurrente omite lo que es su carga procesal (conf. Cám.2ª., Sala II, La Plata, La Ley 139-825, 24-457-S; Cám.CC.M.del Plata, DJBA, 60-297; JA, 1960, V, pág. 236).

Teniendo en cuenta que la recurrente se ha limitado a calificar de injusta la sentencia recurrida, reiterando los fundamentos vertidos al contestar la demanda sin concretar la impugnación a los fundamentos esenciales o a las conclusiones básicas del fallo recurrido, corresponde declarar desierto el recurso en este punto (arts. 268, 269 CPCC y art. 60 Ley XIV N° 1).

5.3 – <u>La justificación del despido indirecto</u>

Para rebatir este punto de la decisión de la a quo, la recurrente insiste en afirmar que el actor no trabajó horas extras, cuando tenemos que –conforme la conclusión de la a quo— durante el proceso se demostró lo contrario.

También sostiene que no se liquidó incorrectamente el "Adicional por Zona Desfavorable" en razón de regir el Acta Acuerdo del 20/12/2005. La conclusión de la a quo ha sido contraria a la postura de la demandada y de allí que consideró ajustada a derecho la decisión rupturista del actor.

La quejosa afirma que el despido indirecto no se ajustó a derecho. La sentencia ha sido terminante al decir: *"La conducta patronal ha sido lo suficientemente injuriante a los intereses del trabajador, en razón de la gravedad de los incumplimientos contractuales, por lo que juzgo ajustada a derecho la decisión de dar por finalizado el vínculo ante el silencio del demandado a la interpelación formulada conforme surge del despacho telegráfico de fs. 4 y legitimar el despido indirecto en los términos del art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo…"* (conf. fs. 368). Esta conclusión no aparece rebatida por la queja y de allí que la misma resulte inaudible en esta instancia.

5.4 – <u>Aplicación del Art. 2 Ley 25.323</u>

a-) En primer término plantea la apelante que el importe de la multa prevista por la norma en cuestión ha sido mal calculada por la a quo en razón que no debe incluir el "SAC s/ Preaviso".

El art. 2 de la Ley 25.323 impone un incremento indemnizatorio del 50% sobre las sumas que el empleador debiese a su dependiente por imperio de los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, en aquellos supuestos en que, intimado fehacientemente no las pagase y el subordinado se viese obligado a iniciar acciones judiciales o recurrir a cualquier instancia previa de carácter obligatorio. La intención legislativa no ha sido otra que compeler a

los empleadores a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios.

En este caso cuestiona la recurrente que se incluya en la penalidad la incidencia del SAC sobre la indemnización por falta de Preaviso. Sabido es que la indemnización sustitutiva de la omisión del preaviso está contemplada por el art. 232 de la LCT y respecto de la misma se ha dicho con total claridad que esta indemnización ***debe integrarse con la parte proporcional del sueldo anual complementario*** (conf. FERNANDEZ MADRID, *"Tratado Práctico"*, T. II, pág. 1605; ETALA, C.A., *"Contrato de Trabajo"*, Ed. Astrea, pág. 627). Conforme a lo expuesto es que se ha decidido que para establecer la indemnización por preaviso cabe considerar en la remuneración la parte proporcional del sueldo anual complementario (conf. CNTrab., Sala II, 14/08/98, TSS, 1998-984; ídem, Sala IV, 28/12/79, 1980-640; ídem., Sala V, 28/12/79, DT 1980-640; ídem, ídem, 10/02/2005, LLOnline 35001193).

En razón de lo hasta aquí expuesto y analizado es indudable que debe incluirse la incidencia del SAC en la base del cálculo de la sanción del Art. 2 de la Ley 25.323, en tanto dicho rubro comprende la indemnización sustitutiva del preaviso (conf. Trib. Trab. de Dolores, in re: *"Del Valle"*, 06/03/09, LLOnline 70052564; CNTrab., Sala I, *"Quiroga, M.E. c/ Tarek Made"*, 09/06/2011, LLOnline 70071294). Lo dicho es coincidente con la decisión que determinó: *"A fin de calcular la indemnización prevista en el art. 2° de la ley 25.323 debe liquidarse el 50% de los montos correspondientes a indemnización por despido, indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido, y estas dos últimas con incidencia del sueldo anual complementario"* (conf. CNTrab., Sala III, 29/03/06, *"Presti, M.C. c/ SPM Sistema de Protección Médica S.A. y Otro"*, IMP 2006-13, 1667; DIEGUES, J.A., *"Multas Laborales: Ley 25.323"*, LLOnline AR/DOC/275/2010).

En razón de lo fundamentado, esta primera parte del agravio no es atendible.

b-) La segunda parte de este punto de los agravios comienza a fs. 380 y culmina a fs. 381. Todo su contenido es una reiteración idéntica a lo expuesto por la recurrente al contestar la demanda (ver fs. 83/83 vta. y 84).

Conforme lo expuse en el punto **"5.2"** precedente --al cual me remito en orden a la brevedad— y en razón de reiterar la apelante los fundamentos vertidos al contestar la demanda sin concretar la impugnación a los fundamentos esenciales o a las conclusiones básicas del fallo recurrido, corresponde declarar desierto el recurso en esta segunda parte del punto bajo análisis (arts. 268, 269 CPCC y art. 60 Ley XIV N° 1).

Conforme lo hasta aquí analizado, se desestima el punto en queja.

5.5 – <u>La imposición de costas</u>

Plantea la quejosa su discrepancia y disconformismo con la imposición de las costas del proceso a su cargo. El agravio es simplemente discrepancia y ello no alcanza para la fundamentación recursiva.

Considerando que la demandada ha resultado vencida en el proceso, la imposición de las costas a su cargo resulta ajustada a derecho (art. 69 CPCC) y viene al caso destacar que en la queja no se demuestra el error de la a quo al haber impuesto las costas de la manera en que lo ha hecho.

Por otra parte, invoca la queja que la imposición de costas constituye *"…una flagrante vulneración del art. 17 de la CN…"* (conf. fs. 381), pero ello no pasa de ser un simple enunciado carente de demostración y de allí su irrelevancia.

En razón de lo expuesto, este punto de los agravios deviene desierto (arts. 268/269 CPCC y 60 Ley XIV N° 1).

5.6 – <u>Apelación por regulación de honorarios</u>

En el 6to. agravio la demandada *"…apela la regulación de honorarios efectuada a la representación letrada de la parte actora y tercera citada por considerarlos* ***<u>elevados</u>****, y los regulados a esta parte por considerarlos* ***<u>bajos</u>****…"* (conf. fs. 381).

Sabido es que la apelación de la regulación de honorarios tiene un régimen procesal propio (conf. art. 246 CPCC y art. 48 Ley XIII N° 4 y modificat.) el cual no ha sido aquí cumplimentado en tiempo y forma por la recurrente. Por lo tanto, ante la improcedencia de apelar las regulaciones de honorarios en la expresión de agravios, quedo eximido de tratar la cuestión.

6 – <u>Conclusión</u>

Constituyendo los agravios el alcance y la medida del recurso concedido a la apelante y teniendo en cuenta que los aquí expuestos no logran conmover los postulados de la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. G. L., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. F. A. A. y M. A., en conjunto, en el 33% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2. Tratamiento de los agravios.

2.1) Liminarmente memoro que la expresión de agravios supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente (CNCiv., Sala J, 30/05/2011, Expte N° 63786/2007 "A.E. M. c/ Cons. de Prop. de la Calle Junín 136, Lomas de Zamora y otro s/ daños y perjuicios).

Este Tribunal ha sostenido que es imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestren- argumentalmente- el error de juzgamiento que se le atribuye.

La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que ésta no está facultada constitucionalmente para suplir el déficit argumental o las quejas que no dedujo.

A más de ello, constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad, debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones.

Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988).

Esta Cámara se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

Luego y toda vez que el escrito recursivo contiene ciertas objeciones a la sentencia recurrida que merecen ser consideradas, ingresaré al tratamiento de los agravios.

2.2) En el primer agravio la recurrente se queja de la condena al pago de las "horas extras". El reproche gira en base a que no existe motivo para que el banco lleve el registro de horas suplementarias o extras del art. 6 de la ley 11.544 y la prevalencia dada en la sentencia a las declaraciones testimoniales.

a) Diré aquí que nuestro STJ tiene dicho que "no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso" (entre otras S.D. N° 11/S.R.E./08; SD N° 04/S.R.E./10).

Luego, no encuentro en la crítica elementos de juicio que permitan refutar la conclusión de la sentencia que admite que el actor probó que las horas extraordinarias alegadas y respecto de las cuales recaía la carga de su acreditación (art 381 CPCC por remisión expresa del art. 73 de la Ley N° XIV N°1), fueron laboradas.

Agrego y en el mismo sentido que el Dr. Fiordelisi, que a los jueces no les está obligado ponderar una por una todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo omitir toda referencia a las que estimaran inconducentes o no esenciales.

b) Con tales premisas, para el primer punto bastará que señale que *"La falta de exhibición de planillas horarias, libros y demás instrumentos de control, permiten aceptar las estimaciones cuantitativas razonables del trabajador, cuando media prueba autónoma de los presupuestos de procedencia de los créditos de los que se trate. Así, en el caso del trabajo suplementario, es carga del trabajador que afirma haberlo cumplido. Acreditado el hecho, la omisión en llevar o exhibir el registro*

ordenado por el art. 6° de la ley 11544 podría autorizar una estimación coincidente con la del demandante, pero es ineficaz como prueba de aquél".(CNAT Sala VIII Expte n° 10734/00 sent. 30837 16/10/02 « Corzo, Sergio c/ Helvens SA y otro s/ despido » (Morando.- Billoch.).

En los términos que el recurrente ha planteado su agravio, señalaré en primer término que al contestar la demanda nunca formuló manifestación en contrario a la prueba ofrecida por la actora (VI. C), ni al punto 4 de la pericial contable solicitada en VI.D 4. Por el contrario al ofrecer su propia prueba hizo referencia que para que la pericial contable se expida respecto de la jornada laboral debería revisarse los libros laborales sin exclusión alguna. Tampoco formuló observación alguna a lo informado por el perito contador a fs. 298.

Lo expuesto me lleva a considerar que las manifestaciones respecto del valor presuncional que otorgó la magistrada de grado a la falta de registración de las horas extraordinarias, con base en la falta de motivos para que el Banco demandado lleve su registros, no es más que un mero disenso con base en la reflexión tardía frente al resultado de la cuestión, por lo que deberá desestimarse como agravio.

c) Para el segundo aspecto de la queja, respecto a la relevancia dada a la prueba testimonial, ya hemos señalado que *"La prueba testimonial es esencialmente subjetiva y su valor depende de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente. Su valoración es, en definitiva, facultad privativa del magistrado para lo cual cuenta con los criterios de interpretación que le provee las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 -antes arts. 386 y 456- del CPCC)."* (entre otras SDL N°05/10, SDC N° 06/11).

La Dra. B., ha señalado puntualmente los dichos de los testigos y no advierto que dicha valoración haya sufrido un embate consistente por el recurrente.
De la apreciación de los testimonios reseñados conforme a las reglas de la sana crítica racional (conf. arts. 390 y 460 del CPCC y arts. 44 y 73 de la Ley N° XIV N° 1) soy del criterio que existe un adecuado grado de certeza acerca de la realización efectiva de las horas suplementarias que el actor ha reclamado como impagas.
Reitero, no advierto que de la valoración que ha hecho la Magistrada sobre la prueba testimonial, surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por el quejoso en sus agravios.
Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior, pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

2.3) En el segundo agravio se queja por la admisión en la sentencia del rublo reclamado "Adicional por Zona Desfavorable".
A poco de leer el escrito recursivo sobre este tópico reconocido en la sentencia, se puede advertir que el recurrente optó por copiar los argumentos defensivos expresados al contestar la demanda, tal como individualizó el magistrado que me antecede en el voto.
La censura que se pretende a este aspecto de la sentencia, no precisa cuáles son los desaciertos en la argumentación de la señora jueza ni suministra bases jurídicas o un distinto punto de vista, ni cuestiona concretamente la conclusión, sólo se limita a reiterar lo que expresó al contestar la demanda.
De modo que prescinde de efectuar una crítica concreta y razonada del pronunciamiento y no es posible asignarle el carácter técnico de agravios.

"Es insuficiente el memorial que solamente reitera el argumento ya planteado en escritos anteriores, sin llegar a señalar a través del pertinente análisis los errores de la sentencia que pretende rectificar, lo cual conduce a que se declare desierto el recurso." (CACC Formosa (Formosa) en autos "Rodríguez, Emiliana c/ Empresa Puerto Tirol S.R.L. s/ Daños y perjuicios "Sent. 2/2/94 Id SAIJ: FA94250056).

Por lo brevemente expuesto, voy a declarar desierto el recurso en este aspecto de la queja.

2.4) El tercer agravio gira sobre la decisión de considerar ajustada a derecho la situación de despido indirecto por decisión del actor S.. En el límite del agravio, los argumentos que intenta no rebaten los fundamentos sentenciales y sella la suerte de la queja.

Como vengo exponiendo, está acreditada tanto la invocada falta de pago de horas extraordinarias como las diferencias salariales por incorrecta liquidación del "adicional por zona desfavorable".

En ese contexto, es válida la conclusión de la magistrada de grado que determinó que los referidos incumplimientos contractuales de la patronal justificaron la decisión del actor de finalizar el vínculo laboral y corresponde desestimar el agravio de trato.

2.5) Se queja en el cuarto agravio por la imposición del incremento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323, en tanto se incluyó en su cálculo el SAC sobre preaviso.

Por una cuestión de orden, ingreso al segundo aspecto de la queja que refiere a la improcedencia de la sanción en sí misma y, para lo cual, reedita textualmente lo expresado en contra del reclamo formulado al contestar la demanda.

Ya dije en el punto 2.3) que apelar la reiteración de argumentos no es la crítica razonada y concreta que dispone el art. 268 del CPCC y art. 60 de la ley XIV N° 1 y consecuentemente con ello debo expedirme por la deserción parcial del recurso en este punto en crisis.

En cuanto a la crítica sobre la base de cálculo, debe recordarse que la intención del legislador al sancionar el art. 2 de la ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida, omitieran dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, induciendo a éste a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago, serán incrementadas en un 50 %.

Luego la indemnización sustitutiva de la omisión del preaviso está contemplada por el art. 232 de la LCT y sobre el importe de la indemnización, corresponde el pago de la incidencia del SAC, toda vez que de no haberse disuelto el vínculo, al trabajador le hubiera correspondido la percepción del salario correspondiente a dicho período y habría devengado la parte proporcional de aquél. (v. Mark. "Ley de Contrato de Trabajo, anotada con jurisprudencia" pág. 750; Ed. Abeledo Perrot,1ª. Ed. Bs. As., 2009). *"Para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 232, LCT, corresponde adicionar a la remuneración mensual que sirve de base, la incidencia del SAC, porque el importe de tales indemnizaciones se relaciona con el equivalente a la suma que el trabajador hubiera percibido durante el plazo del preaviso omitido. Desde esta perspectiva es evidente que, de haberse otorgado el preaviso, el accionante habría adquirido el derecho al cobro del SAC proporcional al lapso de éste, por lo que la omisión del empleador de preavisar la extinción del contrato no puede colocarlo en mejor posición que la del empleador que sí lo ha hecho, y en virtud de tal incumplimiento ha debido abonar la parte proporcional de ese rubro por el lapso efectivamente laborado por el*

dependiente."("Lolo Alfonsín, Silvia vs. Prevent Empresa de Servicios Eventuales S.A. y otro s. Despido" CNTrab. Sala II; 09/12/2009; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 11351/10)

Por este breve argumento debe desestimarse la queja y declarar que fue ajustado a derecho la inclusión en la base para determinar el incremento indemnizatorio del Art. 2 de la Ley 25.323, la incidencia del SAC en la indemnización sustitutiva del preaviso *"Debe acogerse la incidencia del SAC sobre el preaviso omitido, tanto en el cómputo de la duplicación prevista en el art. 15, Ley 24013, cuanto en el cálculo de la sanción del art. 2, Ley 25323, toda vez que el llamado "aguinaldo" integra la indemnización que le corresponde percibir al trabajador como consecuencia del despido*. ("Funez, Elsa Rebeca vs. Villafañe, Rita Alejandra Micaela y otro s. Despido"CNTrab. Sala X; 18/05/2005; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 3466/07).

2.6) El quinto agravio respecto de la imposición de las costas, no alcanza a constituirse en una crítica concreta y razonada del fallo, desde que confirmados los argumentos sentenciales que han sido materia de la apelación-, se mantiene la regla general de vencimiento objetivo en el proceso previsto tanto en el art. 57 de la Ley XIV N° 1 y art 69 del CPCC. y el agravio en este punto deberá declararse desierto (art. 269 CPCC).

2.7) El sexto agravio está dirigido a cuestionar las regulaciones de honorarios de los letrados que han intervenido en el proceso.

La apelación de honorarios de abogados posee una autonomía normativa, con especiales previsiones en cuanto al plazo y ocasión de fundamentarla, que impiden considerarla implícita en el recurso deducido contra la sentencia definitiva, aunque ese acto decisorio contenga la regulación (art. 48 de la Ley XIII N° 4), por lo que es inaudible la queja traída por el

recurrente, que no apeló los honorarios en la oportunidad y forma prevista en la ley arancelaria, impugnándolos recién en ocasión de expresar agravios contra el fallo definitivo en el mérito.

3. Concluyo mi voto, expidiéndome por el rechazo del recurso de apelación impetrado y la confirmación de la sentencia en todo lo que ha sido materia de agravios, con imposición de costas a la apelante vencida en el recurso (art. 69 de CPCC). En cuanto a los honorarios profesionales, los que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi se ajustan a la actividad cumplida en esta sede en cuanto a su mérito y resultado, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7, 13 y cctes. de la ley arancelaria)

A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara Dra. M. Inés de Villafañe vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:
De ser compartidos por mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:
1-) CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.
2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. G. L., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. F. A. A. y M. A., en conjunto, en el 33% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria,

sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.-

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julian Emil JALIL no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1-) CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.

2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. G. L., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. F. A. A. y M. A., en conjunto, en el 33% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDL CONSTE.